

# **Las Democracias Radicales y el “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”.**

Javier Couso (UDP)

## I. Introducción

El estado de la democracia en América Latina ha cambiado significativamente en la última década. Si bien, por una parte, la mayoría de la población y de los intelectuales y políticos de la región aceptan la noción de que la única forma legítima de acceder al poder es mediante elecciones universales, libres y competitivas, por la otra, se ha perdido el consenso que existía en la década de los noventa respecto de que aún los gobiernos elegidos democráticamente deben reconocer límites constitucionales. Así, mientras entonces pocos dudaban que un régimen democrático debía incluir un sistema de separación de poderes, especialmente una judicatura efectivamente independiente del Ejecutivo (la rama del estado más proclive a vulnerar derechos fundamentales), en la actualidad hay quienes defienden abiertamente la idea de que es legítimo –y quizá hasta necesario— adoptar sistemas democráticos caracterizados por una fuerte concentración del poder en torno al Ejecutivo, de manera que este pueda terminar con la exclusión y la desigualdad.

Donde este discurso ha tenido más acogida ha sido en Venezuela, Ecuador y Bolivia, países que han desahuciado la noción de que la judicatura deba ser independiente de los demás poderes del estado, ya sea mediante el expediente de una ‘democratización’

de la justicia que se ha traducido en la elección popular de los más altos magistrados (lo que en la práctica reproduce las preferencias de las mayorías que eligieron al Ejecutivo al interior de la judicatura), o mediante mecanismos informales de cooptación de tribunales superiores y constitucionales por parte del gobierno.

Este ensayo analiza el que es quizá el esfuerzo más elaborado de articulación de un discurso constitucional que pretende justificar teóricamente este giro hacia democracias ‘iliberales’ en América Latina. Me refiero al trabajo de dos autores españoles que han estado muy comprometidos con los procesos radical-democráticos de la región, Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau. Como veremos a continuación, en su conceptualización de lo que denominan “*el nuevo constitucionalismo*”<sup>1</sup> (que distinguen claramente del ‘*neconstitucionalismo*’ promovido en la región por Miguel Carbonell y otros), estos autores se focalizan especialmente en lo que llaman ‘*la necesidad constituyente*’, noción que, como veremos más adelante, tiene importantes consecuencias para las relaciones entre la democracia y el constitucionalismo, así como para el vínculo entre soberanía nacional y justicia internacional de los derechos humanos.

## II. El consenso democrático-liberal de los '90 en América Latina.

Como veíamos en la sección anterior, durante los años noventa se había forjado en América Latina lo que parecía un sólido consenso respecto de la necesidad de consolidar sistemas democrático-constitucionales de cuño liberal. En el contexto del fin de la ‘ola’ de regímenes militares que irrumpió en la región en las décadas inmediatamente precedentes, así como del derrumbe de los llamados ‘socialismos reales’, la democracia constitucional parecía inevitable (*‘the only game in town’*, como lo puso un

---

<sup>1</sup> Véase *El nuevo constitucionalismo en América Latina* (Corte Constitucional del Ecuador, 2010).

conocido politólogo). En efecto, la combinación de los dos factores mencionados, y la consiguiente valorización de la importancia de asegurar los derechos humanos, se tradujeron en la aceptación generalizada de dos ideas básicas:

- a) Que la democracia era el único mecanismo legítimo para elegir a los gobernantes; y
- b) Que incluso los gobiernos elegidos por las mayorías debían respetar los derechos fundamentales de todos, incluidos los de las minorías.

En las palabras de un frecuente participante de los encuentros del SELA de entonces: *“Mientras la democracia es un argumento acerca de quién debe gobernar, el constitucionalismo es un argumento acerca de los límites que debe tener todo gobierno”*.<sup>2</sup>

En este contexto, el problema que concitaba el interés de políticos e intelectuales latinoamericanos era primordialmente cómo alcanzar la ‘meta’ de democracias constitucionales de cuño liberal, y no una discusión acerca de la deseabilidad de ese tipo de régimen. Y, en este sentido, la tarea no era menor, en una región marcada por el legado de siglos de autoritarismo, desigualdad, corrupción política, escasa adhesión al estado de derecho y recurrentes golpes militares. Por lo dicho, la discusión se centró por mucho tiempo en cómo terminar con la enorme brecha existente entre los ideales democrático-constitucionales proclamados solemnemente por las cartas fundamentales de América Latina y la cruda realidad que exhibía la región. Así, por ejemplo, muchos se centraron en cómo dotar a las democracias del continente de efectivos controles

---

<sup>2</sup> Carlos Peña (1998).

‘horizontales’:<sup>3</sup> institucionalizando judicaturas efectivamente independientes e imparciales; sometiendo el poder policial y militar a un real control del poder civil; e incentivando la aparición de una sociedad civil consciente de la importancia de los derechos humanos y rápida para reaccionar en defensa de los ideales de la democracia constitucional.

Otros tópicos que concitaban la reflexión teórica de la época, eran la pregunta acerca de si la democracia constitucional debía contar con más o menos grados de justiciabilidad de los derechos fundamentales (el problema de la ‘judicialización de la política’), si el catálogo de derechos constitucionales debía ser más o menos amplio (la cuestión de la ‘inflación’ de los derechos fundamentales) o si se debía adoptar formas parlamentaristas, semi-parlamentaristas o presidencialistas de gobierno. Pero, en general —vale la pena insistir en esto—, se daba por descontado que el único régimen aceptable era la democracia constitucional, entendida como una en que gobiernos electos por la mayoría del pueblo están constreñidas por límites efectivos a su poder, especialmente el respeto a los derechos fundamentales y el principio de legalidad (*‘the rule of law’*).

Por cierto, el generalizado consenso en relación a la deseabilidad de democracias constitucionales de cuño liberal que anotamos no impidió el surgimiento de nuevos temas en la agenda constitucional de América Latina, como la necesidad enfrentar la falta de equidad en el trato a la mujeres, a los pueblos originarios y a las minorías sexuales, entre otros. Pero estos nuevos debates se enmarcaron también dentro de las fronteras del marco teórico del constitucionalismo liberal.

---

<sup>3</sup> Guillermo O'Donnell, “Horizontal accountability and New Polyarchies”, Working Paper #253- April 1998 (The Helen Kellogg Institute for International Studies, Notre Dame University).

Lo interesante del consenso en relación a la importancia de construir democracias constitucionales es que éste no se redujo a los sectores que tradicionalmente habían adherido al liberalismo político en la región, sino que alcanzó también a buena parte de la izquierda latinoamericana, que hasta comienzos de la década de los setenta había sido crítica del constitucionalismo liberal. En efecto, promediando los años noventa la mayor parte de este sector parecía haber aceptado la legitimidad de la democracia constitucional y centraba sus esperanzas de transformación social en la posibilidad de que las nuevas formas de organización surgidas en los procesos de transición democrática (fundamentalmente, las organizaciones no gubernamentales nacionales y transnacionales) logran movilizar el potencial emancipador de las cortes de justicia, de manera que éstas implementaran el nutrido catálogo de derechos económico-sociales que tanto las constituciones nacionales como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagraban.<sup>4</sup> Esta expectativa de cambio social por medio de la labor de las cortes de justicia expresaba así una suerte de ‘reconciliación’ de la izquierda latinoamericana con el derecho, muy lejana a la severa crítica que la misma había dirigido contra el último antes de las dictaduras de los años setenta y ochenta (y que fuera tan elocuentemente expresada por Eduardo Novoa Monreal, un importante asesor legal de Salvador Allende, en su obra *‘El derecho como obstáculo al cambio social’*).<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Javier Couso, “The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity”, in Gargarella et al., eds. *Courts And Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* (Ashgate, 2006).

<sup>5</sup> Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como obstáculo al cambio social* (Editorial Siglo XXI, 1975)

### III. La emergencia del ‘constitucionalismo radical’ (o el fin del consenso liberal).

El consenso alrededor del constitucionalismo democrático-liberal que hemos descrito comenzó, sin embargo, a erosionarse hacia inicios de la década del dos mil, producto de la gran frustración popular respecto del funcionamiento efectivo de la democracia constitucional en muchos países de la región, tanto por su incapacidad de avanzar decisivamente en materia de reducción de la pobreza y la desigualdad, como por su desidia en controlar la corrupción rampante que exhiben buena parte de las elites políticas y económicas de la región.

Por supuesto, para que esta frustración pudiera ser canalizada constructivamente, era necesaria la aparición de una alternativa político-constitucional tangible y cercana. Esta alternativa fue eventualmente provista por Venezuela, bajo el liderazgo del ahora fallecido Presidente Hugo Chávez, que no solo llevó a cabo un ambicioso programa de redistribución, sino que promovió agresivamente el modelo que se encontraba desarrollando en su país en el resto de América Latina. De esta forma, luego de una década en que la democracia constitucional de cuño liberal dominó el discurso de las élites legales de la región, surgía un modelo alternativo que, si bien en un comienzo fue objeto de una escasa articulación conceptual y teórica –especialmente en su dimensión constitucional—, eventualmente se convirtió en un referente crucial para quienes no están satisfechos con el desempeño de la democracia constitucional clásica.

Habiendo sido uno de los pocos países latinoamericanos que no experimentaron las violentas dictaduras que asolaron a la región durante las décadas de los setenta y ochenta, Venezuela fue el primero en iniciar un proceso político democrático-radical comprometido con iniciar transformaciones profundas. Su éxito en disminuir la pobreza y

reducir la desigualdad fue un modelo que inspiró procesos similares en Bolivia y Ecuador.

Lo interesante de la experiencia de cambio de estos tres países es que no solo han seguido trayectorias político-institucionales similares, sino que han utilizado un discurso que explícitamente cuestiona el consenso constitucional democrático-liberal que existía hasta los años noventa. ¿Cuáles son las características centrales de los procesos políticos y del nuevo discurso constitucional al que aludimos?

En primer lugar, los experimentos en democracia radical de Venezuela, Ecuador y Bolivia surgen en un contexto de completo descrédito de los sistemas democrático-liberales que les precedieron, producto de la inoperancia e impune corrupción de sus autoridades políticas, lo que se vio agravado por lo desesperada de la situación de millones de pobres y excluidos. El descrédito del sistema político fue especialmente notorio en el ámbito de los partidos políticos, los cuales eran la ‘cara visible’ de un sistema considerado como incapaz de velar por el bien común. En efecto, en los tres países mencionados los partidos políticos se encontraban en franca bancarrota antes del surgimiento de las ‘revoluciones’ democrático-radicales.

La falta de legitimidad de la democracia liberal y de sus actores centrales le facilitó el trabajo a un grupo de líderes altamente carismáticos<sup>6</sup> que, si bien siguieron un camino institucional para obtener el control del Ejecutivo y del Legislativo, una vez instalados en el poder comenzaron un agresivo programa de rediseño constitucional explícitamente dirigido a una refundación político-social de sus respectivos estados. En los tres casos, estos procesos se implementaron paralelamente a políticas fuertemente

---

<sup>6</sup> Hugo Chávez (en Venezuela), Evo Morales (en Bolivia) y Rafael Correa (en Ecuador).

redistributivas, que lograron mantener los altos niveles de popularidad de los líderes mencionados.

En los países señalados el proceso de instalación de regímenes democrático-radicales fue parecido, como si hubieran seguido un mismo 'guión'. Primero, el acceso al control del Ejecutivo mediante procesos electorarios conducidos al amparo del antiguo sistema constitucional, pero con una retórica revolucionaria que prometía cambiar radicalmente el orden establecido. Inmediatamente después, la convocatoria a un referéndum para consultar al pueblo acerca de la necesidad de una nueva constitución, que serviría para inaugurar una nueva era política. En tercer lugar, la instalación de una asamblea constituyente, encargada de elaborar la nueva carta fundamental. Y, finalmente, un segundo referéndum para ratificar el documento elaborado por la asamblea constituyente.

Como las constituciones vigentes al momento de iniciarse estos procesos no preveían su sustitución por nuevas cartas fundamentales, la convocatoria al referéndum para consultar al pueblo sobre la necesidad de aprobar un nuevo orden constitucional representaba una clara transgresión a la antigua institucionalidad. Sin embargo, en el contexto de generalizado descrédito de las instituciones políticas vigentes, los titulares de los órganos del 'viejo' orden constitucional no pudieron hacerlo respetar, cediendo la iniciativa política a las nuevas autoridades. Más allá de la irregularidad anotada, es notable que estos procesos verdaderamente revolucionarios se hayan llevado a cabo sin recurrir a la violencia. Por otra parte, el hecho de que cada paso del cambio constitucional consultara la participación popular aseguró altos niveles de legitimidad del mismo.



#### IV. Las características de las constituciones demócrata-radicales latinoamericanas.

Quizá producto del todavía escaso análisis que la academia legal latinoamericana ha dedicado a la experiencia constitucional de las democracias radicales mencionadas en la sección anterior, lo que más se conoce de ellas es el énfasis en el carácter plurinacional o intercultural del estado que proclaman las cartas fundamentales de Venezuela, Bolivia y Ecuador (en reconocimiento de la realidad multiétnica de estos países);<sup>7</sup> la incorporación de mecanismos de democracia directa; y, muy especialmente, los nuevos derechos y libertades incorporados al catálogo de derechos fundamentales de estas nuevas cartas constitucionales. En efecto, es sabido que la Constitución del Ecuador de 2008 incluyó por primera vez en el derecho constitucional comparado lo que denomina “derechos del buen vivir” (o ‘*sumak kawsay*’).<sup>8</sup> También se ha subrayado el que la misma carta ecuatoriana considere a la propia naturaleza o “*Pacha Mama*” como un sujeto de derechos fundamentales.<sup>9</sup> Por otra parte, algunos observadores destacan el que Venezuela, Bolivia y Ecuador incluyan en sus cartas constitucionales la especificación de una serie de derechos de ‘segunda’ y ‘tercera’ generación (como el derecho al agua y a la alimentación; a un ambiente sano; a la comunicación e información; a la cultura y la

---

<sup>7</sup> El Artículo 1° de la Constitución de Bolivia declara que este es un “*Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional*”, mientras que el Artículo 1° de la Constitución del Ecuador declara que “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico*”. Por otra parte, el Artículo 100 de la Constitución de Venezuela declara que: “*Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas (...)*”.

<sup>8</sup> El Artículo 14 de la Constitución del Ecuador establece que: “*Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay**”.

<sup>9</sup> El Artículo 71 de de la Constitución del Ecuador establece que: “*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.*”

ciencia; y al ‘hábitat’) o que incluyan nuevas categorías especialmente protegidas por la constitución (como las ‘comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas’; las ‘adultas y adultos mayores’; los ‘jóvenes’; las ‘mujeres embarazadas’; los ‘discapacitados’; las ‘personas con enfermedades catastróficas’ y los ‘usuarios y consumidores’).

Más allá de los elementos mencionados, es difícil encontrar análisis sistemáticos acerca de la organización del poder y de la concepción de constitucionalismo que trasuntan las cartas fundamentales de Venezuela, Bolivia y el Ecuador.

Si bien es difícil hacer justicia en este ensayo a procesos constitucionales tan complejos como los llevados a cabo en estos países (el sólo sintetizar estas extensas cartas fundamentales tomaría más espacio del que disponemos aquí), una mirada comparada de estas experiencias constitucionales revela importantes elementos comunes, especialmente respecto de la forma en que se organiza el poder:

a) El primero de ellos es el debilitamiento del principio de separación de poderes, especialmente en perjuicio de la judicatura que, en las constituciones de Bolivia y Ecuador se encuentra formalmente bajo control popular o del Ejecutivo (mediante su control del parlamento o del Consejo de la Magistratura)<sup>10</sup> y, en el caso de Venezuela, se encuentra subordinada en los hechos al gobierno producto del continuo control por parte de éste de los organismos encargados de realizar los nombramientos de los jueces.

---

<sup>10</sup>El artículo 182 de la Constitución de Bolivia establece la elección universal de los altos magistrados del Tribunal Supremo de Justicia: “*Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal. La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral*”, lo que se reitera en el caso del Tribunal Constitucional, ya que el Artículo 198 prescribe que: “*Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.*” Por su parte, el artículo 183 de la Constitución del Ecuador prescribe: “*Las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia serán elegidos por el Consejo de la Judicatura conforme a un procedimiento con concurso de oposición y méritos, impugnación y control social. Se propenderá a la paridad entre mujer y hombre.*”

La inexistencia de una judicatura independiente en estas tres democracias radicales no puede ser minimizada. En primer término, porque ello ha impedido que se investigue por parte de jueces autónomos del gobierno situaciones de abuso de autoridad y corrupción. En segundo lugar, porque –junto al control del ministerio público— la falta de independencia judicial ha sido utilizada en ocasiones por los gobiernos para levantar y luego dar por acreditados cargos de corrupción falsos dirigidos en contra adversarios políticos, lo que en ha inhibido (o derechamente impedido) a rivales competitivos electoralmente a presentarse a comicios presidenciales o de otro tipo. Finalmente, el control de las cortes de justicia ha protegido a los gobiernos de objeciones jurisdiccionales cuando han avanzado sobre la prensa opositora o independiente, aunque debe subrayarse que todos los gobiernos mencionados han tenido cuidado de no eliminar completamente a los medios disidentes (dicho esto, es muy probable que la hostilización impune ejercida sobre la prensa independiente u opositora haya generado un “*chilling effect*”, que se traduce en autocensura y, en general, en un débil escrutinio de los actos del gobierno).

b) | Otro elemento común a las tres experiencias que analizamos es la exacerbación del poder del Ejecutivo, mediante el otorgamiento de facultades poco comunes en los sistemas presidencialistas de las democracias constitucionales, como la prerrogativa de disolver el Parlamento que detenta el Presidente en Ecuador cuando, a su juicio, el anterior obstruya “*de forma reiterada e injustificada (...) el Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política...*”.<sup>11</sup> Esta facultad se otorgó también por la

---

<sup>11</sup> El Artículo 148 de la Constitución del Ecuador señala que: “*La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le*

constitución venezolana al Ejecutivo, lo que no deja de ser peculiar en un sistema en que la disolución del legislativo no implica la caída del gobierno, como ocurre en los regímenes parlamentarios.<sup>12</sup> Otro ejemplo de exacerbación del poder presidencial es la facultad de decretar estados de excepción constitucional sin consultar al poder legislativo y sin que exista una revisión judicial de dicho decreto hasta después de transcurridos 8 días, que autoriza la Constitución de Venezuela.<sup>13</sup>

c) Finalmente, cabe subrayar que, con el declarado objetivo de hacer más fluido el vínculo entre el poder soberano del pueblo con los órganos del estado, en dos de las tres constituciones democrático-radicales que comentamos (la de Venezuela y la de Ecuador) se eliminó el bicameralismo, lo cual ha facilitado la posibilidad de que un mismo grupo político controle tanto el poder ejecutivo como el legislativo.

Sintetizando, e intentando identificar el ‘hilo conductor’ que une al diseño constitucional de Venezuela, Bolivia y Ecuador, este pareciera ser la concentración del poder político en torno al Ejecutivo, de manera de dotarlo de facultades suficientes como para avanzar en transformaciones económico-sociales profundas.

#### V. La articulación teórico-conceptual del ‘Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano’.

---

*competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna. Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez en los tres primeros años de su mandato.”*

<sup>12</sup> El Artículo 236 de la Constitución de Venezuela establece que: “Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República. N° 21: “Disolver la Asamblea Nacional en el supuesto establecido en esta Constitución.”

<sup>13</sup> El Artículo 339 de la Constitución de Venezuela establece que: “El decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad (...)”.

A diferencia de experiencias de concentración del poder en torno al Ejecutivo que ocurrieron en el pasado en América Latina, en esta ocasión algunos intelectuales y operadores legales de estos procesos demócrata-radicales han ensayado la articulación de un discurso constitucional que defiende abiertamente la concentración del poder político y la idea de que, mientras menos mediación exista entre el poder popular y el gobierno, mejor. Quizá el intento más importante en este sentido sea el de dos asesores directos de los procesos constituyentes de los países que venimos analizando. Me refiero al trabajo de los constitucionalistas españoles Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, quienes utilizan la expresión “*Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*”<sup>14</sup> para identificar los pilares centrales de esta filosofía constitucional, que ellos distinguen cuidadosamente de esa variante del constitucionalismo liberal conocida como ‘*neoconstitucionalismo*’.

De acuerdo a Viciano y Martínez Dalmau el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” surgido al amparo de las experiencias democrático-radicales de Venezuela, Ecuador y Bolivia representaría una ‘superación’ del constitucionalismo liberal en todas sus variantes (incluido el ‘neoconstitucionalismo’), ya que contribuye a resolver la crisis de legitimidad de las democracias contemporáneas. En palabras de estos autores, la preocupación central del “nuevo constitucionalismo”:

*“(…) no es sólo la dimensión jurídica de la Constitución sino, en un primer orden, su legitimidad democrática. En efecto, si el constitucionalismo es el mecanismo por el que la ciudadanía determina y limita el poder público, el primer problema del constitucionalismo debe ser garantizar la traslación fiel de la voluntad del poder*

---

<sup>14</sup> Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, “¿Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada”? (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM). Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>

*constituyente (del pueblo) y certificar que solo la soberanía popular, directamente ejercida, pueda determinar la generación o la alteración de las normas constitucionales. Desde este punto de vista, el nuevo constitucionalismo recupera el origen radical-democrático del constitucionalismo jacobino, dotándolo de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución.”*<sup>15</sup>

Como se puede apreciar del párrafo transcrito, para Viciano y Martínez Dalmau el sello distintivo del “nuevo constitucionalismo” es su fidelidad a la voluntad del poder constituyente del pueblo en aras de dotar de legitimidad a regímenes que han entrado en descrédito. De ahí que promuevan la unidad de los poderes del estado, en lugar de la separación de poderes propia de lo que denominan ‘viejo constitucionalismo’. En efecto, y apelando a la importancia de la ‘innovación constitucional’, sostienen que se deben evitar “*los trasplantes o injertos, típicos del viejo constitucionalismo*”, poniendo como ejemplo de innovación “*la superación venezolana de la tradicional división tripartita de los poderes del estado*”.<sup>16</sup>

Sin perjuicio de lo contradictorio que aparece con la propia idea de constitucionalismo el atacar el principio de la separación de poderes, Viciano y Martínez Dalmau son, sin embargo, enfáticos en sostener que el “nuevo constitucionalismo” se distingue del populismo en que no abandona al derecho constitucional. En sus palabras:

---

<sup>15</sup> Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina* (Corte Constitucional del Ecuador, 2010), p.18.

<sup>16</sup> Viciano y Martínez Dalmau, “¿Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada”? Op. cit., p. 14-15.

*“el avance democrático se realiza en el marco de la constitución, y no a través de una relación directa entre líder y las masas”.*<sup>17</sup>

Partiendo de la premisa que *“las constituciones del viejo constitucionalismo se limitaron a la organización del poder del Estado y al mantenimiento en algunos casos de los elementos básicos de un sistema democrático formal”*,<sup>18</sup> lo cual sería del todo inadecuado para una era en que la ciudadanía exige mucha más participación, los autores sostienen que ello habría gatillado la *“necesidad constituyente”*, esto es, la conciencia ciudadana que las cosas solo cambiarán si se produce una refundación constitucional que redefina las bases políticas, económicas y sociales del estado. En otras palabras, la ‘necesidad constituyente’ sería el resultado de una crisis de legitimidad constitucional que sólo puede resolverse mediante lo que Viciano y Martínez Dalmau denominan ‘*un referéndum activador del proceso constituyente*’, que es luego ratificado por un ‘referéndum de aprobación’. El objetivo, según explicitan, es *“asum(ir) la necesidad de legitimar ampliamente un proceso constituyente revolucionario”*.<sup>19</sup>

El foco en el ‘momento constituyente’ que exhiben estos autores deriva de su convicción de que –con la excepción de la constitución colombiana de 1991— América Latina no habría tenido antes de las experiencias radical-democráticas analizadas más arriba procesos constituyentes plenamente democráticos. En sus palabras:

*“El nuevo constitucionalismo latinoamericano es un ‘constitucionalismo sin padres’ (...) porque desde la independencia América Latina ha carecido de procesos constituyentes*

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 7

<sup>18</sup> Ibid., p. 9

<sup>19</sup> Ibid., p. 12

*ortodoxos, esto es, plenamente democráticos (...) habiendo en cambio experimentado una multitud de procesos constituyentes representativos de las elites”*<sup>20</sup>

Consecuente con esta manera de entender el constitucionalismo, y mostrando una actitud poco común en autores del ‘norte global’, que suelen plantear sugerencias a países del ‘sur global’ que no promoverían en sus propios países, Martínez Dalmau ha planteado aplicar la misma ‘receta’ constitucional por la que trabajó en América Latina a su propio país, a propósito de la fuerte crisis que experimenta el sistema político España en los últimos años. En efecto, en su escrito “*Qué hacer cuando lo que llaman democracia se cae a pedazos*”,<sup>21</sup> Martínez Dalmau responde a esta provocativa pregunta proponiendo que su país se embarque en un proceso de refundación constitucional mediante una asamblea constituyente plenamente democrática similar a los realizados por Venezuela, Ecuador y Bolivia.

Otro concepto que aparece recurrentemente en el esfuerzo de articulación teórico-conceptual del “nuevo constitucionalismo” ensayado por Viciano y Martínez Dalmau es el de “*constitucionalismo comprometido*”. Aunque menos elaborada que otros aspectos del paradigma que defienden, esta noción parece sugerir que –al menos hasta que se hayan erradicado las condiciones de desigualdad y exclusión propias de las sociedades latinoamericanas— el nuevo constitucionalismo implica un compromiso con políticas económico-sociales revolucionarias. Un problema de la ambigüedad de este concepto es que ha servido para alimentar la retórica de ‘amigos’ y ‘enemigos’ que –especialmente

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 8

<sup>21</sup> Rubén Martínez Dalmau, “*Qué hacer cuando lo que llaman democracia se cae a pedazos*”, texto disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=163446>



Chávez y Correa— desplegaron en los últimos años y que, en el caso del primero, lo llevó a ‘rebautizar’ a las fuerzas armadas venezolanas como “*Fuerza Armada Nacional Bolivariana*”, de manera que evocara la ‘Revolución Bolivariana’ que Chávez se encontraba desarrollando hasta el momento de su muerte. Si bien no cabe exagerar el impacto de este gesto simbólico, nos parece representa el tipo de distorsión que puede generar la ambigua noción de “constitucionalismo comprometido”.<sup>22</sup>

Finalmente, y de manera consistente con la fetichización del ‘momento constituyente’ que exhibe el “nuevo constitucionalismo”, este propone una metodología de interpretación constitucional de cuño ‘originalista’. En efecto, y en marcado contraste con lo propuesto por el ‘neoconstitucionalismo’, Viciano y Martínez Dalmau enfatizan que lo importante:

*“es la voluntad de permanencia de la voluntad del constituyente, que busca ser resguardada contra del olvido o abandono por parte de los poderes constituidos una vez que la constitución comience un periodo de normalidad”.*<sup>23</sup>

Así, la obsesión por ‘blindar’ la voluntad constituyente contra la natural evolución que suele imprimir la jurisdicción constitucional a las cartas fundamentales, llevó a los

---

<sup>22</sup> Para ilustrar este punto, imagine el lector que un partido o movimiento que alcanza una mayoría circunstancial (por elevada que sea) rebautizara las fuerzas armadas con su propio nombre (como “Ejercito Justicialista” o “Fuerzas Armadas Kirchneristas” en la Argentina o “Ejercito Priísta” en México). Los símbolos pesan en política, y cuando se efectúa un gesto de esta naturaleza implícitamente se anuncia una aspiración de identificación de quienes tienen el monopolio de la fuerza coactiva del estado con sólo uno de los sectores en que se distribuyen las preferencias políticas de los ciudadanos. Algo parecido ha ocurrido con la retórica que ha acompañado a los líderes que han dirigido los procesos democrático-radicales analizados, con la excepción de Morales. En efecto, Chávez en Venezuela y Correa en Ecuador cayeron frecuentemente en la retórica de distinguir a los ciudadanos entre ‘patriotas’ (para quienes los apoyan) y ‘enemigos de la patria’ o ‘traidores’ (para referirse a los opositores’) en los procesos electorales.

<sup>23</sup> Viciano y Martínez Dalmau, “¿Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada”? Op. cit., p. 16.

redactores de la Constitución de Bolivia de 2009 a incorporar una cláusula especial que mandata precisa y determinadamente al Tribunal Constitucional respecto de la forma en que debe ejercer su labor jurisdiccional:

*“En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.”<sup>24</sup>*

Esta rigidez interpretativa responde al intento de proyectar hacia el futuro (‘congelar’, diríamos) lo decidido por el pueblo soberano en el momento constituyente original. Para hacer más fácil el control político de este mandato constitucional de lealtad judicial a la voluntad del constituyente, el “nuevo constitucionalismo” se opone a métodos de control difuso de constitucionalidad.

#### VI. La difícil relación entre el ‘Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano’ y la justicia internacional de los derechos humanos.

Si, como hemos visto en las secciones precedentes, el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” se define por su estrecha relación con la soberanía expresada en el momento constituyente revolucionario, no debe sorprender que los países que adhieren a esta forma de entender el constitucionalismo tengan una difícil relación con el derecho internacional, especialmente con la jurisdicción internacional. Esto es precisamente lo que ha ocurrido en Venezuela y Ecuador en relación con el Sistema Inter-Americano de Derechos Humanos. En efecto, dado que –a diferencia de lo que ocurre con las cortes

---

<sup>24</sup> Véase el Artículo 196 número II de la Constitución de Bolivia.

nacionales— el Ejecutivo no controla a los órganos judiciales y cuasi-judiciales del Sistema Interamericano y, por tanto, no incide en la forma en que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretan el Pacto de San José, dichos estados han sido recurrentemente condenados o criticados por el Sistema Interamericano en años recientes, especialmente en materia de libertad de expresión y debido proceso.

De ahí que no deba sorprender en lo absoluto que el gobierno de Venezuela haya denunciado el Pacto de San José en Septiembre de 2012. Si bien es cierto Venezuela no tiene la miríada de organizaciones de derechos humanos con un pasado de lucha contra las dictaduras que afectaron a buena parte de la región en los años setenta y ochenta, lo cierto es que la drástica determinación que adoptó es consistente con el fuerte apego a la soberanía del constituyente nacional y su hostilidad hacia sistemas judiciales alejados de la voluntad popular y que además utilizan criterios interpretativos alejados del tenor literal de la carta que aplican.

Por otra parte, si la acción de Venezuela en relación al Sistema Interamericano es coherente con los elementos centrales del “nuevo constitucionalismo”, no debiera extrañar que en un futuro cercano tanto Bolivia como Ecuador sigan el ejemplo venezolano y también abandonen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. No se trata de ser un pájaro de mal agüero, sino más bien que constatar que, desde la perspectiva de un modelo constitucional que pone tanto énfasis en la voluntad soberana fundacional de la revolución popular que dio lugar a las nuevas cartas fundamentales (incluso al punto de intentar controlar la futura interpretación que se haga de dichos textos por parte de los tribunales), resulta simplemente inaceptable que un grupo de jueces extranjeros adopten decisiones eventualmente contradictorias con las de la soberanía nacional constituyente.

Dicho en otras palabras, y aun considerando que el problema de la relación entre derecho constitucional doméstico y la justicia internacional de los derechos humanos ha recibido escasa atención por parte de los ideólogos del “nuevo constitucionalismo”, parece evidente que existe incompatibilidad entre un sistema de protección de los derechos humanos que pretende estar por encima de la soberanía nacional y un constitucionalismo que se resiste a cortar con el momento fundacional.

Por otra parte, de no abandonar el Sistema Interamericano, es muy probable que la falta de independencia de las judicaturas respecto del Ejecutivo que existe en Ecuador y Bolivia eventualmente generen un aumento de los casos internacionales en contra de dichos estados, lo que inevitablemente agudizará la contradicción entre un modelo que acepta los límites del poder político (el constitucionalismo liberal, que es el que promueve el Sistema Interamericano de Derechos Humanos) y otro que no ve mayor conflicto en el ejercicio ilimitado del poder por parte de gobiernos que emanan de la voluntad del pueblo (el nuevo constitucionalismo).

## VII. Conclusión

En este ensayo, luego de describir el contexto en que surgieron las experiencias democráticas-radicales de Venezuela, Bolivia y Ecuador, hemos analizado el que es quizá el intento más elaborado por articular un discurso constitucional adaptado a ese tipo de democracias, esto es, el trabajo de Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, especialmente su articulación de lo que denominan “nuevo constitucionalismo”.

Más allá de que para muchos esta forma de constitucionalismo no es tal, puesto que renuncia a la esencia que subyace a este concepto, esto es, el reconocimiento de que

todo gobierno debe respetar los límites impuestos por una carta fundamental que debe ser adjudicada por órganos judiciales independientes, es interesante constatar que (contrastando con la indiferencia que pasadas experiencias populistas latinoamericanas tuvieron respecto a la constitución), las experiencias democrático-radicales analizadas más arriba adhieren –al menos nominalmente– a la idea de constitucionalismo, focalizándose especialmente en lo que denominan el momento constituyente.

Dicho esto, a mi juicio parece claro que el denominado “nuevo constitucionalismo” tiene muy poco de constitucionalista, dada su hostilidad respecto de la separación de poderes –y especialmente la independencia de la judicatura– y su pretensión de perpetuar el momento soberano del proceso constituyente como ‘el’ hito constitucional por excelencia. Por otra parte, es importante tomarse en serio y entablar un diálogo crítico con este discurso, dado que la democracia liberal-representativa atraviesa por una severa crisis no solo en América Latina, sino que también en Europa y en los Estados Unidos.

En efecto, quizá existe escasa consciencia en el norte global sobre como el déficit democrático europeo y las distorsiones de la democracia estadounidense han contribuido a un desprestigio generalizado de la democracia liberal en el resto del mundo. En el caso de Europa, especialmente a partir de la crisis económica iniciada el 2009, la población percibe una tendencia elitista (de cuño tecnocrático) que se traduce en que decisiones de gran impacto en la vida cotidiana de las personas son tomadas en lugares alejados del ciudadano medio, que las experimenta como imposiciones. En el caso de Estados Unidos, su antiguo rol de promotor de los ideales de la democracia y el estado de derecho han sido pulverizados por la inaceptable situación de Guantánamo y por la generalizada

percepción de que se está transformando en un régimen a medio camino entre una democracia representativa y una plutocracia, dado el crucial rol que juega el dinero en los procesos electorales y en el proceso legislativo y regulatorio como resultado del rol contra-mayoritario que juega el lobby , abortando iniciativas que cuentan con el apoyo del pueblo y promoviendo otras que son financiadas por quienes tienen más dinero. En el caso de Guantánamo, el daño fue más fuerte una vez que el Presidente Obama accedió al poder y continuó con la política de su predecesor, ya que su apoyo a esta aberración constitucional reveló que lo ocurrido no era una capricho republicano, sino una política de estado. Esto, mas la exacerbación de la política de los asesinatos de extranjeros y nacionales mediante aviones no tripulados sin juicio previo han dañado la credibilidad que –al menos las administraciones demócratas— habían conseguido labrar desde el Presidente Carter en materia de derechos humanos. Los hechos mencionados han, por así decirlo, transformado a los Estados Unidos en un ejemplo de estado iliberal en los ojos de no pocos latinoamericanos, lo cual, por su parte, ha creado la excusa perfecta para sectores de la izquierda latinoamericana que no creen, “*as a matter of principle*”, en el ideal de un gobierno limitado.

Confrontados con este escenario, cabe preguntarse por el desarrollo probable que tendrán los experimentos en constitucionalismo radical que hemos analizado. Una de las cosas que parecen claras es que –al contrario de experiencias iliberales anteriores— en general estos regímenes son rigurosos en respetar la voluntad popular expresada en el voto. Esto último, aunque por supuesto es insuficiente desde el punto de vista de la teoría democrático-constitucional liberal, representa una importantísima válvula de escape que puede permitir la evolución de estas experiencias hacia otros modelos sin que se recurra a

una revolución violenta. Dicho esto, de institucionalizarse constitucionalmente la retórica de los líderes venezolanos Chávez y Maduro en el sentido de que sólo una parte de la ciudadanía representa los intereses nacionales, los procesos electorarios podrían ser la próxima víctima de esta forma de entender la política.

Para terminar con unas reflexiones finales respecto al “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, es importante subrayar que este representa el abandono de parte de la izquierda latinoamericana de las expectativas que tuvo en los noventa respecto de las posibilidades emancipadoras de las cortes constitucionales. Asimismo, el desafío que representa el constitucionalismo radical que se ha analizado hace urgente plantearse la pregunta de cuánta desigualdad socio-económica ‘resiste’ una democracia liberal. En efecto, mirado retrospectivamente, no debiera sorprender que en países en que mayorías indígenas (como en Bolivia) o empobrecidas (como en el Ecuador y Venezuela) fueron sistemáticamente olvidadas por el sistema político eventualmente surgieran líderes que apelaran directamente a las masas prometiendo “barrer” con las instituciones que permitieron por años tanta injusticia. Si bien el resultado de los procesos democrático-radicales que ellos han llevado adelante es preocupante desde una perspectiva constitucionalista ortodoxa, no se puede decir que aquello que reemplazaron funcionara mucho mejor.

Finalmente, las experiencias analizadas de manera preliminar en este trabajo pueden ser útiles de tener en cuenta incluso en los países del norte global, ya que los déficit democráticos, el rol distorsionador del dinero en la política y otros giros elitistas de tipo tecnocráticos son mucho más generalizados de lo que se piensa, lo que podría

llevar a que el tipo de “soluciones” adoptadas en las democracias radicales analizadas en este ensayo pudieran adoptarse en lugares impensados.